SEÑORA PRESIDENTA.- Habiendo número, está abierta la sesión.

(Es la hora 12 y 19 minutos)

La Comisión de Salud Pública del Senado tiene el honor de recibir al profesor doctor Héctor Gros Espiell, quien ha concurrido a los efectos de dar su opinión acerca del proyecto de ley sobre reproducción humana asistida y su regulación, que se encuentra a estudio de esta Comisión y del Plenario.

Antes que nada, quiero señalar –para que quede constancia de ello en la versión taquigráfica- que por ser hoy un día muy especial, los señores Senadores pertenecientes al Encuentro Progresista – Frente Amplio no pueden concurrir en virtud de que están en una reunión de bancada. Asimismo, el señor Senador Correa Freitas se ha excusado de concurrir por estar también en una reunión paralela. Sin perjuicio de ello, la Presidencia quiere dar la seguridad al doctor Gros Espiell de que esta sesión va a quedar plasmada en la versión taquigráfica y que, por cierto, las palabras que vierta serán conocidas por todos los integrantes de la Comisión.

SEÑOR GROS ESPIELL.- Quiero comenzar por definir el sentido y los límites de mi intervención. Me voy a limitar al análisis de los problemas constitucionales e internacionales que plantea el proyecto de ley, dejando de lado otros aspectos y centrándome exclusivamente en lo jurídico. Quiere decir que mi opinión no es la consecuencia de otras de índole filosófica o religiosa, que sin duda alguna pueden existir, pero no creo que tengan interés en este momento.

La primera precisión que voy a hacer es que considero absolutamente necesario -más que necesario, diría útil- la existencia de una ley sobre reproducción asistida. Aclaré que decía útil y no necesaria porque entiendo que aun sin ley, dentro de los límites que marcan la Constitución y el Derecho Internacional, la reproducción asistida es lícita en el sistema uruguayo. Sin perjuicio de ello, evidentemente es útil y conveniente que haya una adecuada reglamentación legal de la situación.

Pienso, en consecuencia, que la carencia de una ley es un elemento negativo y que ha habido una excesiva demora en la consideración de un proyecto de ley que nos ha dejado atrás en el Derecho Comparado; prácticamente todos los países de un determinado nivel cultural y social tienen ya normas al respecto. Quiero hacer especial referencia –porque es un eventual modelo que debió haber sido consultado- a la ley española de reproducción asistida, que ya tiene tres o cuatro años de vigencia.

Hechas estas aclaraciones preliminares, quiero señalar que este proyecto de ley debe respetar, indispensablemente, los principios constitucionales así como aquellos que derivan del Derecho Internacional. Veamos las dos partes por separado.

En la Constitución hay dos normas que no podemos dejar de considerar al analizar este proyecto de ley. Una de ellas es el artículo 7º, que textualmente establece el derecho de los habitantes "a ser protegidos en el goce de su vida". Naturalmente, la Constitución no determina qué es la vida ni dónde empieza o termina, pero se refiere a dos conceptos claros: el de la vida y el de la necesaria protección de la vida.

Asimismo, el artículo 72 de la Constitución de la República también es esencial en la consideración del problema, porque abre el abanico de los derechos constitucionales no reduciéndolo a los especialmente enunciados, sino abriéndolo a todos los demás derechos que son "inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno". Quiere decir que por la vía del artículo 72 ingresan a la normativa constitucional, en materia de derechos humanos, una serie de derechos que no están expresamente declarados en la Constitución, pero que desde el momento en que ingresan tienen la misma jerarquía normativa de los que están expresamente enunciados.

Si esto es así respecto al Derecho Constitucional es lo mismo respecto al Derecho Internacional. El Derecho Internacional nace de los Tratados internacionales aprobados y ratificados por la República, y es derecho uruguayo que se aplica directa e inmediatamente. Esto, que muchas veces se olvida en el Uruguay, incluso por parte de los jueces, es una evidencia innegable. ¿Por qué lo digo? Porque, fundamentalmente, hay dos instrumentos internacionales que por esta vía ya han ingresado en el Derecho uruguayo: uno es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que no solamente el Uruguay aprobó y ratificó –por eso es Derecho vigente en el Uruguay- sino que, además, en la ley de pacificación nacional, de marzo de 1985, se incluyó el texto íntegro de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dicha Convención tiene una norma fundamental -que, repito, es derecho interno uruguayo, por lo que no puede olvidarse- cuando en su artículo 4º, párrafo 1 dice: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción".

Quiere decir que para una norma que rige en el Uruguay –no flota en el vacío externo, sino que rige en el Uruguay- la protección a la vida, a la cual se tiene derecho según el artículo 7º de la Constitución, comienza en el momento de la concepción.

Además de la Convención Americana sobre Derechos Humanos existe otro instrumento internacional que no puede desconocerse y que por una vía distinta a la de un Tratado ratificado –pero que igualmente es válido- es Derecho uruguayo. Me refiero a la Declaración Universal Sobre el Genoma Humano y los Derechos del Hombre aprobada por unanimidad, por 184 votos a favor, incluido el del Uruguay, por la Conferencia General de la UNESCO el 11 de noviembre de 1987 y ratificada también por unanimidad, con el voto uruguayo, por la Asamblea General de las Naciones Unidas en noviembre de 1998.

Esta declaración de la UNESCO centra los problemas del genoma humano y los derechos humanos en el necesario respeto de la dignidad humana, de la moral, de la ética, etcétera.

Ahora bien: ¿qué consecuencia se extrae de estas dos referencias al Derecho Constitucional uruguayo y al Derecho Internacional aplicable en el Uruguay? En primer lugar, una evidente carencia del proyecto. En tal sentido, considero que el proyecto debería comenzar con un artículo que reafirmara el principio de la dignidad humana como fundamento de los derechos humanos y el necesario respeto al derecho a la vida. Creo que el texto no puede comenzar con la parte operativa, sino con una afirmación

conceptual de reconocimiento del derecho a la vida dentro de los marcos del Derecho Constitucional, del Derecho Internacional y de la afirmación esencial del respeto de la dignidad humana. En todo el proyecto no hay una sola cita referente a la dignidad humana. Esta palabra ha sido ignorada. En cambio, esta declaración de la UNESCO, cita la dignidad humana en siete artículos. Por lo tanto, creo que hay un error de técnica legislativa ya que el proyecto debería empezar con esta afirmación.

Considero que este error de técnica legislativa, en gran parte ha sido la consecuencia de un error en la tramitación de los asesoramientos respecto al proyecto. Durante un año y medio o dos se han escuchado valiosas opiniones acerca del Derecho Penal y del Derecho Civil, pero ignorándose el Derecho Constitucional y el Internacional. Creo que esto ha sido un error en el trámite del proyecto. Además, se ha olvidado que en la jerarquía normativa el Derecho Constitucional está por encima del Derecho Civil y del Penal, y que el Derecho Internacional o, mejor dicho, los derechos nacidos del Derecho Internacional, según el artículo 72, cuando ingresan al orden jurídico uruguayo, tienen una jerarquía igual a la de la Constitución.

Ahora bien, dicho esto sobre las bases conceptuales del proyecto en cuanto a la necesaria protección de la vida y la obligación de respetarla desde su inicio, que es fijado por la Convención Americana de Derechos Humanos en la concepción, paso a referirme a los artículos 12 y 13 del proyecto, que me merecen serias objeciones.

Estos dos artículos hablan del preembrión. Esta noción es aceptada por un sector de la ciencia y por un sector de la ciencia jurídica, pero no por la unanimidad de la ciencia ni de la doctrina jurídica.

Cuando este tema se discutió en la Comisión Internacional de Bioética de la UNESCO, que tengo el honor de integrar, las opiniones prácticamente se dividieron en dos. Para un grupo, entre los que me encontraba, la vida se inicia con la concepción, es decir, según nuestro criterio, cuando el óvulo es fecundado por el espermatozoide. Desde ese momento hay un embrión, por lo que el preembrión no existe. En cambio, el otro sector, muy respetable y que prácticamente abarcaba la mitad del grupo, entendía que el embrión como tal existe una vez que el óvulo fecundado se implanta o anida en el útero.

No puedo negar que en la división del Comité Internacional de Bioética jugaron factores religiosos, ideológicos, políticos, etcétera, pero es evidente que en esta Comisión, que no es solamente jurídica sino multidisciplinaria -hay juristas, médicos, científicos, etcétera- hubo una división tajante. Entonces, no creo que la ley uruguaya pueda jugarse a favor de la tesis de la existencia del preembrión, que significaría que cuando el óvulo fecundado no está anidado aún no es embrión. Considero que se trata de un tema que hay que estudiar en profundidad. Sin duda, cada Senador tendrá adoptado un criterio, pero pienso que no se puede tratar este asunto rápidamente y que hay que tomar una posición.

Según el artículo 4º de la Convención Americana de Derechos Humanos, el origen de la vida se produce, en general –y recalco estas dos palabras: "en general", dichas entre comillas- a partir de la concepción. Esto quiere decir que el derecho a la protección de la vida se produce, en general, a partir de la concepción.

En un trabajo de mi autoría –y tengo varios- que ha sido publicado en el Uruguay en la Revista del Centro de Estudiantes de Derecho, destaco que las palabras "en general", que fueron incluidas a último momento en la redacción de la Convención Americana de Derechos Humanos, significan que la ley, en función del interés general y del bien común, puede exceptuar determinados casos de la protección de la vida desde la concepción. Esto no tiene aquí una importancia directa, sino indirecta, pero quería destacarlo porque sí tiene una incidencia fundamental en otro proyecto de ley que se está elaborando en la Cámara de Representantes y que tiene que ver con el problema de la interrupción voluntaria del embarazo.

De todas maneras, salvo excepción expresa prevista por ley dictada por razones de interés general, a mi juicio hay que concluir que la vida debe ser protegida desde la concepción, es decir, desde el ingreso del espermatozoide en el óvulo.

A continuación, quisiera referirme a otro punto que para mí es fundamental. De acuerdo con la última versión que me ha enviado la Secretaría, este proyecto tiene una solución adecuada en un aspecto e inadecuada en otro. A mi juicio, tiene una solución correcta en cuanto establece que la mujer que integra una pareja heterosexual tiene derecho a solicitar la reproducción asistida. En mi criterio, tiene que existir una pareja heterosexual para que la mujer pueda solicitar la reproducción asistida. No estoy de acuerdo con la tesis de que las parejas homosexuales de dos mujeres puedan solicitar el derecho a la reproducción asistida. Creo que esto debe ser así porque el niño tiene derecho a crecer en una familia formada por un padre y una madre. Por lo tanto, estoy de acuerdo con el segundo inciso del artículo 6º del proyecto de ley, que refiere expresamente a parejas heterosexuales.

SEÑOR RIESGO.- Tal como se lo había adelantado al doctor Gros Espiell antes de ingresar a Sala, y como la señora Presidenta comprenderá, debo retirarme de esta reunión, pues debido a la situación del día de hoy se está llamando urgentemente a los Senadores de la Lista 15.

Lamento tener que retirarme y pido disculpas al doctor Gros Espiell, pues su exposición sobre este tema es por demás interesante y muy instructiva. De todas formas, si bien no voy a tener el placer de oírlo, sí tendré el gusto de leer sus palabras cuando reciba la versión taquigráfica. Por mi parte, tenía pendientes unas preguntas para hacerle acerca de la mujer sola, pero tendré que leer sus opiniones al respecto.

Si no pudiera retornar, pediría a la señora Presidenta que trasmita mis disculpas a la delegación que ingresará posteriormente, explicándole las razones por las que debí retirarme.

SEÑOR GROS ESPIELL.- Como decía, existe un punto con el que estoy de acuerdo, que es el que refiere a la pareja heterosexual, y otro con el que no estoy de acuerdo, que es precisamente lo que mencionaba recién el Senador Riesgo. Respecto de la mujer sola, pienso que es uno de los puntos discutibles y más difíciles, ya que pueden darse, de hecho, situaciones favorables o que nos hacen meditar. Desde una óptica jurídica, considero que la mujer sola, que no vive en pareja heterosexual, no tiene derecho a reclamar la reproducción asistida. ¿Por qué? Para explicar esta posición voy a leer lo que escribí al respecto, a fin de expresar mi opinión de manera más precisa.

El texto propuesto me produce hondas dudas. Es cierto que una mujer soltera puede tener, por vía natural, un hijo, y que es su derecho el concebirlo con un hombre y quedar embarazada para procrear. Pero el caso de la reproducción médicamente asistida es distinto: tendrá un hijo sin concebirlo a través de un acto sexual, es decir, por la vía natural, lo que es su derecho. Nacerá un

niño que crecerá fuera del marco familiar y no conocerá a su padre, ni tendrá posibilidades de conocerlo. ¿Es esto deseable? ¿Hay que dar prioridad al interés –y conste que no hablo de derecho- de la mujer soltera a tener un hijo, sobre el derecho –este sí, de hecho- de todo niño a crecer en el seno de una familia y ser formado conociendo a su madre y a su padre?

A las dudas morales que me provoca la solución aprobada en el proyecto de ley, se unen las de carácter jurídico. Esta norma proyectada en esta iniciativa, no contribuye al fomento de la familia, que según el artículo 40 de la Constitución de la República es – y cito textualmente- "la base de nuestra sociedad", ni a que el cuidado y educación de los hijos se realice por "los padres" –palabras también textuales de la Constitución, y fíjense que se utiliza el plural- que tienen al respecto un derecho y un deber, tal como se establece luego en el artículo 41.

Pero, además, hay una razón fundamental para basar esta postura crítica, a mi juicio, de la solución adoptada en el proyecto de ley.

La Convención sobre Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 6 de diciembre de 1989, en su artículo 7º, párrafo 1, establece como un derecho del niño el de –y cito textualmente- "conocer a sus padres" -lo que se expresa en plural- y "ser cuidado por ellos", también empleando el plural.

Esta Convención está vigente en el Uruguay, ya que la ratificó nuestro país en virtud de su previa aprobación por Ley Nº 16.137.

Los Tratados ratificados y en vigencia en el Uruguay –repito un concepto que expresé antes, pero que creo que hay que reiterar ahora con respecto a este punto- se aplican directa e inmediatamente en el Derecho interno y derogan las leyes anteriores contrarias a ellos. La ley interna posterior, por su parte, y a la inversa, no puede derogar un Tratado internacional. En consecuencia, debe concluirse, a mi juicio, que el artículo pertinente, en la parte relativa a la mujer soltera, es totalmente violatorio del Derecho Internacional y también del Derecho interno uruguayo, más precisamente de los artículos 40 y 41 de la Constitución.

El último punto del esquema que había hecho para mi intervención en esta Comisión, refiere a la clonación. En lo relativo a la clonación, a mi juicio, el proyecto de ley tiene errores, pero creo que no son demasiado difíciles de salvar. ¿Cuáles son estos defectos de texto del artículo 20 en lo que refiere a la clonación? El "nomen juris" que está entre paréntesis en cada artículo, no tiene nada que ver con su contenido. Allí se habla de "delito de clonación", lo que es un error, porque no hay delito de clonación ni puede haberlo. En primer lugar, debemos distinguir tres tipos distintos de clonación, de los cuales uno es perfectamente lícito -el de animales-; otro con respecto al cual hay una fortísima corriente doctrinaria a favor de su licitud, que es el de tejidos, que eventualmente puede llegar a la clonación de órganos; y el último y único prohibido, que es la clonación humana con fines reproductivos. Reitero que se trata de tres cosas completamente distintas, y si no se las distingue no se comprende absolutamente nada.

En consecuencia, hay que cambiar el título del artículo 20 y darle, ya no al "nomen juris" sino a la materia propia, una redacción un poco más adecuada. Habría que expresar: "El que con el fin de crear por clonación seres humanos idénticos", suprimiendo lo de "preembriones", que a mi juicio es incompatible, como lo dije antes.

Me parece bien que haya un delito por la clonación humana reproductiva, lo que ya figura, incluso, en las dos Constituciones más modernas que conozco, que son las de Suiza de 1999, que tiene un artículo que prohíbe la clonación humana con fines reproductivos, y la del Ecuador de 1998, que también lo incluye. Sin embargo, aquí se crea el delito, pero no se establece la prohibición de clonar. Esto me parece un error.

En lo que he escrito digo que se tipifica como delito, pero no existe en el proyecto de ley ninguna norma que prohíba la clonación humana con fines reproductivos. Es cierto que muchas veces el Derecho Penal tipifica una conducta como delito sin prohibir separadamente esa conducta. Por ejemplo, se castiga el homicidio, pero no hay una norma que diga "no matarás"; se castiga el hurto, pero no existe una disposición que establezca "no hurtarás". Esto es una prescripción moral y filosófica que sirve de base a la tipificación delictiva, en cierto caso jurídica.

Pero en el caso de la clonación humana con fines reproductivos, por su complejidad y por las discusiones existentes al respecto, es necesario prohibirla a texto expreso. Eso es lo que hace el Derecho comparado más moderno, incluso a nivel constitucional, como la Constitución suiza de 1999 -que ya mencioné y que lo establece un artículo expreso- y más de 45 leyes, es decir que ya no se determina a nivel constitucional, sino legislativo.

En América, Europa, Estados Unidos, Asia y Africa, hay normas legales que prohíben expresamente la clonación humana con fines reproductivos, y en otros países como Inglaterra, existen disposiciones que permiten la clonación humana no reproductiva por lo que, evidentemente, prohíbe la reproductiva. Esto también resulta del Derecho Internacional, y un ejemplo de ello es, en un nivel universal, el párrafo primero del Artículo 11 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de la UNESCO, que establece que las prácticas que sean contrarias a la dignidad humana, como la clonación con fines reproductivos de seres humanos, no pueden ser permitidas.

Además de esta Declaración, a nivel regional existe otra norma expresa que prohíbe la clonación humana con fines reproductivos, que es la Convención Europea sobre la Biomedicina, en vigencia desde marzo de 2000.

Asimismo, creo que el artículo 20 debería ser completado prohibiendo otras prácticas en materia genética que también sean contrarias a la dignidad humana, tal como lo establece el anteriormente mencionado artículo de la Declaración de la UNESCO que podría servir como ejemplo y modelo.

También podría tenerse en cuenta la recientemente aprobada ley alemana sobre esta materia, que además de legislar sobre la clonación humana con fines reproductivos, hace una enumeración de otras prácticas contrarias a la dignidad humana como puede ser la intervención en la línea germinal, etcétera. Creo que todos estos aspectos no se pueden ignorar y, por lo tanto, no pueden quedar al margen de la ley.

Por último, reitero, creo que este proyecto de ley deberá ser complementado con una iniciativa que ha sido aprobada por la Comisión respectiva en la Cámara de Representantes, relativa a la creación de la Comisión Nacional de Ética. Dicho proyecto fue presentado en 1997 y la Comisión de la Cámara de Representantes encargada de la consideración de este tema, realizó un profundo estudio de él, aprobándolo finalmente. No obstante, nunca se llegó a sancionar por parte del Plenario de dicha Cámara.

Entiendo que es absolutamente necesaria la coordinación de este proyecto con la futura acción de la Comisión Nacional de Ética que, sobre todo en lo que tiene que ver con la reproducción asistida, ha cumplido una magnífica coordinación en aquellos lugares donde ya existe, como por ejemplo Francia, Italia y, recientemente, España, que acaba de dictar la ley de creación. Por lo tanto, creo que hay que tener en cuenta el Derecho Comparado.

Con esto termino, señora Presidenta, y me pongo a las órdenes de quien requiera alguna información oral o escrita posterior sobre estos temas.

SEÑORA PRESIDENTA.- Como buen profesor que es, su exposición ha sido corta y concisa. De todas maneras, no descarto que alguno de los miembros de la Comisión que hoy no están presentes, luego de leer la versión taquigráfica de esta sesión, desee volver a invitarlo. Creo que con el aporte que ha hecho tendremos mucho material de trabajo, y para eso he tomado notas sobre ciertas sugerencias como, por ejemplo, completar algunos artículos. Quizás podamos apelar nuevamente a su generosidad y disposición para solicitarle algún otro aporte.

Como usted debe saber, este proyecto ingresó a la consideración del Plenario y, tal como habrá observado en otras Comisiones a las que ha asistido fuera del país, se ha dividido con líneas que no pasan por lemas políticos o partidarios sino, simplemente, por distintas concepciones filosóficas, religiosas y jurídicas.

Por todo esto, se resolvió que esta iniciativa volviera nuevamente a la Comisión por el plazo de un mes, ya que hubo legisladores que encontraron en ella vacíos o errores.

En el día de ayer recibimos un aporte desde otro enfoque -el punto de vista médico o biológico- y pudimos darnos cuenta de las limitaciones que tenemos los integrantes de la Comisión –incluyo a todos, porque si bien el proyecto de ley fue redactado por uno de sus miembros, la Comisión lo hizo suyo-1 quienes quisimos abarcar mucho más de lo que en realidad nos es posible por los conocimientos con que contamos. Entiendo que algunas de las preguntas que se realizaron ayer, sin haber sido formuladas en el día de hoy, quedaron contestadas en su amplia exposición.

Una vez más le agradecemos su tiempo y su generosidad pero no me comprometo a que no lo tengamos que molestar nuevamente.

(Se retira de Sala el doctor Héctor Gros Espiell)